



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

GUSTAVO JOSÉ PEDROZA SILVA

**A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

JUIZ DE FORA
2010



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

GUSTAVO JOSÉ PEDROZA SILVA

**A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso
(Monografia) apresentado à Universidade
Federal de Juiz de Fora, como requisito
para a conclusão do Curso de Graduação
em Direito, habilitação Bacharelado.

Orientador: PABLO FARIAS SOUZA
CRUZ.

JUIZ DE FORA
2010

FOLHA DE APROVAÇÃO

SILVA, Gustavo José Pedroza. A Prova Ilícita no Processo Penal e o Princípio da Proporcionalidade. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia), apresentado como requisito à conclusão do Curso de Graduação em Direito, habilitação Bacharelado, da Universidade Federal de Juiz de Fora, realizada no 2º semestre de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Pablo Farias Souza Cruz

Prof. Letícia Fonseca Paiva Delgado

Prof. Cristiano Álvares Valadares do Lago

Examinado em: 29/11/2010.

Conceito: 100

*À Faculdade,
cujas saudades já começo a sentir.*

RESUMO

Esta monografia tem por escopo uma análise crítica acerca das provas ilícitas no processo penal e sua eventual possibilidade de aproveitamento, sempre aliado aos critérios hermenêuticos de aplicação do princípio da proporcionalidade. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo é uma garantia do cidadão contra as ingerências do Estado, plasmada no efeito dissuasório da norma. Situações há, contudo, que a flexibilização da norma se imporá não somente no ensejo de corrigir o resultado indesejado de se condenar um inocente, mas também na tutela penal eficiente da sociedade, tão merecedora de proteção quanto aquele. Por isso que em alguns casos-limites, minuciosamente desvendados ao longo deste trabalho, a prova ilícita *pro societate*, se não tiver perfeito cabimento, por certo gozará de ao menos um cauteloso e sopesado estudo, sob pena de esmorecimento dos ideais de justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Inadmissibilidade das provas ilícitas – relatividade dos direitos e garantias fundamentais – princípio da proporcionalidade – interesse preponderante – gravidade do crime – efeito dissuasório – proteção penal eficiente – unidade do ordenamento.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO I – A PROVA PROCESSUAL PENAL.....	11
1.1 – Conceito.....	11
1.2 – Direito à prova.....	12
1.3 – Verdade processual.....	13
CAPÍTULO II – A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS.....	17
2.1 – Provas ilícitas.....	17
2.2 – Provas ilícitas por derivação.....	20
CAPÍTULO III – O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	24
CAPÍTULO IV – PROVA ILÍCITA <i>PRO REO</i>.....	27
CAPÍTULO V – PROVA ILÍCITA <i>PRO SOCIETATE</i>.....	31
5.1 – Gravidade do crime.....	31
5.2 – Prova produzida por particular.....	37
5.3 – Encontro fortuito de provas na interceptação telefônica.....	42
CONCLUSÃO.....	50
BIBLIOGRAFIA.....	55

INTRODUÇÃO

O ser humano é dotado, dentro de sua singular concepção, de instintos e desejos, de modo que a vida em sociedade só se afigura possível quando meios de controle são postos à disposição, sejam possibilitados pela vontade em comum ou mesmo quando coativamente determinados. O “Contrato Social”, idealizado por Voltaire, reflete bem o sentido e necessidade desse mecanismo pedagógico, no qual cada cidadão abdica de parte de sua individualidade e autonomia em prol do bem comum, estampada na soberania do Estado e no desenvolvimento de todos. Desse cenário extrai-se a importância e essência do Direito, podendo-se conceituá-lo como instrumento formal de regulação e pacificação das relações sociais.

Ramo dessa ciência de suma relevância é o Direito Penal, que, por seu elevado grau de intervenção na esfera do particular, detém acertado caráter fragmentário e subsidiário, sendo medida de *ultima ratio* dentro de um Estado Democrático de Direito. Isto porque ele tutela a gama de bens mais caros de uma comunidade e a violação de um destes (a transgressão de uma norma incriminadora) pode implicar até no recolhimento ao cárcere do infrator. E logo não poderia ser diferente, haja vista que privar alguém de sua liberdade é alternativa sobremodo gravosa, razão pela qual a todos é garantido o *devido processo legal* em sua maior amplitude.

Uma vez constatada a violação de um fato típico, é legítimo ao Estado dar início à persecução penal, assim como exercer, dentre às armas disponíveis, o seu *jus puniendi* para o fim de restabelecer a ordem social outrora rompida. Outrossim, só haverá punição se cabalmente demonstrada a responsabilidade penal do agente, o que, à evidência, far-se-á viável tão somente ante a existência de provas aptas a ensejar um juízo condenatório. Desde já se percebe a proeminência do instituto da prova, razão pela qual a absolvição do réu se imporá ausente aquele.

Por isso o tema das provas é tão intrigante, desvendando discussões das mais variadas e acirradas, tais como sua forma de obtenção, valoração, aproveitamento etc. Ganha realce, naturalmente, o estudo das provas ilícitas no processo penal, seara de tamanha complexidade que levou o constituinte, ainda pavoroso com o período ditatorial – com a absoluta razão – a tornar garantia

fundamental do cidadão a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo (art. 5º, LVI da Constituição Federal).

Doutrina e jurisprudência têm-se debruçado constantemente sobre a questão, firmando-se um entendimento gramatical e rígido quanto à vedação de provas ilicitamente obtidas no processo. Majoritariamente, é admitida a flexibilização da norma constitucional, pois a favor do réu não há óbices quanto ao aproveitamento da prova ilícita. Em verdade, coaduna-se a norma proibitiva à sistemática do ordenamento, porquanto seria uma aberração jurídica permitir que um inocente pudesse ser condenado por conta do trespasse de uma formalidade, malgrado seja esta fundamental.

As controvérsias começam a surgir no tocante à possibilidade de utilização da prova ilícita *pro societate*, isto é, em favor da acusação. *Prima face*, tal teoria é liminarmente rechaçada, mormente pelo preceito fundamental constitucionalmente assegurado. Sucede que em alguns casos extremos o afastamento de pronto da prova ilícita, ainda que em prejuízo do réu, suscita questionamentos que, ao menos, merecem maiores considerações, haja vista que os direitos fundamentais não são dogmas absolutos e muito menos prestam de resguardo à delinquência.

Nesse passo, muitas das vezes haverá verdadeiro embate de direitos fundamentais: de um lado a liberdade do réu e a garantia de não se ver processado por intermédio de uma prova ilícita; do outro a segurança pública, o direito de punir do Estado e o ideal de justiça.

Há que se encontrar um ponto de equilíbrio, devendo o princípio da vedação das provas ilícitas, em certas situações, ceder não apenas em favor do réu, mas também em prol da sociedade, seja pela gravidade do crime cometido ou pela impossibilidade de confecção de outra prova, seja pela inexistência da relação de hipossuficiência do réu face ao Estado.

No ponto, insta anotar que a solução do caso concreto, em boa medida será guiada pelo Princípio da Proporcionalidade, cuja aplicação reside no sopesamento dos bens confrontados numa determinada situação fática e, norteadas por critérios de adequação, necessidade e razoabilidade, verificar-se-á se o sacrifício de um direito fundamental em favor de outro se revela justificável. E assim deve ser porque nem sempre a exclusão da prova irá permitir um efeito dissuasório efetivo; em muitas situações (especialmente diante de crimes mais graves) a exclusão de prova obtida

de forma ilícita, mas verídica, causa muito mais descrédito à integridade judicial que a sua admissão, sob uma perspectiva comunitarista.¹

Diante das considerações acima traçadas, convém delinear a temática deste trabalho. Tudo aqui elucidado é fruto de farta pesquisa doutrinária e jurisprudencial pátrias, bem como se perceberá a importação de fontes alienígenas. O conteúdo opinativo-propositivo também é sensivelmente trabalhado, sobretudo porque, infelizmente, o tema das provas ilícitas em favor da acusação encontra escassa bibliografia no Brasil, limitando-se alguns a simplesmente afastá-la sem maiores embaraços ou delongas.

Tratar-se-á pormenorizadamente da prova processual penal e seu aproveitamento diante de sua ilicitude. O Princípio da Proporcionalidade obrigatoriamente também estará exaustivamente em destaque, especialmente por sua inegável incidência no nosso sistema jurídico.

Peculiar atenção será destinada à macrocriminalidade, posto que esta cada vez mais reclama um combate das autoridades públicas, sendo certo que este é notadamente insuficiente e despreparado.

Circunstâncias extremas também serão expostas e destrinchadas, como é a hipótese da prova ilícita ter sido produzida por um particular, e não pelo Estado, uma vez que a exemplo de alguns países não se enxerga mácula alguma em seu aproveitamento.

Assunto de inegável magnitude, aqui ainda discutido, pertine ao encontro fortuito de provas, circunstância comum de se deparar. Ocorre quando, no desenrolar de uma regular interceptação telefônica, ou autorizada medida de busca e apreensão, as autoridades se veem diante da prática de outros crimes que não aqueles que deram azo às investigações. Qual seria o valor probante das informações colhidas? A prova poderia ser aproveitada? O tema também será devidamente abordado à frente.

Finalmente, é este o tom deste trabalho: perquirir acerca da eventual admissibilidade da prova ilícita *pro societate* no processo penal, não olvidando jamais das consagradas garantias fundamentais do indivíduo; tampouco da teoria da ponderação, pois nenhuma liberdade pública é ilimitada. Ninguém duvida que seja um despautério mandar ao cárcere um inocente. Um culpado em liberdade,

¹ Thiago André Pierobom ÁVILA, *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 130.

conquanto responsabilizado via provas ilícitas, está longe de convencer. Por isso, não é sempre que o descumprimento de regras materiais e formais implicará na ilicitude e imprestabilidade da prova, mas sim a sua harmonia com os direitos e garantias fundamentais tomadas num espectro global: agente infrator e sociedade.

Que nenhum responsável passe sem punição (*impunitum non relinqui facinus*) nem nenhum inocente seja condenado (*innocentum non condemnari*).² Evidentemente não se está a defender o retorno à ditadura nem mesmo se fazendo apologia ao Direito Penal do Inimigo. Apenas se levanta a idéia, a princípio simplória, de que cada caso é um caso, de forma a merecer a prova ilícita um tratamento especial do operador do Direito, pautado pela ponderação de valores e da repercussão concreta da (in)admissibilidade da prova ilícita *pro societate*.

² Germano Marques da SILVA, citado por BEDÊ e SENNA em *Princípios do Processo Penal*, p. 29.

CAPÍTULO I – A PROVA PROCESSUAL PENAL

1.1 – Conceito

O instituto da prova, assim como qualquer outro em direito, não nasceu pronto e acabado, evoluindo pouco a pouco no curso das civilizações. E conquanto tenha se aperfeiçoado, a realidade ensina que ainda há longo caminho a se percorrer.

Extinta a vingança privada, o Estado avoca para si a função de dizer o Direito, e, conseqüentemente, a tutela penal é a ele confiada. Contudo, é impossível o exercício desse mister sem que ao jurisdicionado seja garantido o devido processo legal, de maneira que a não demonstração cabal em juízo das imputações desferidas pelo órgão acusador resultará na absolvição do réu. Daí se extrai a essência da prova, consistente na reconstrução ótima do *iter* percorrido pelo agente quando da prática infracional, aproximando essa dinâmica jurídica da realidade fática.

Assim, a prova é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional.³

Tourinho Filho destrincha bem o conceito de prova:

Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Provar é, enfim, demonstrar a certeza do que se diz ou alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thena probandum*. Às vezes, emprega-se a palavra *prova* com o sentido de *ação de provar*. Na verdade, provar significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Nós a conhecemos; os outros não.⁴

Almeja-se uma escorreita conexão entre os fatos praticados e a prova produzida, como se esta fosse, em verdade, o espelho daqueles, incutindo no espírito do julgador o suporte necessário para decidir com a máxima precisão e justiça. Nesta linha de pensamento, o magistério de Eugênio Pacelli:

³ Edilson Mougenot BONFIM, *Curso de processo penal*, p. 285.

⁴ Fernando da Costa TOURINHO FILHO, *Processo penal*, p. 213-214.

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.⁵

De se notar, em síntese, que a finalidade precípua da prova é formar o convencimento do juiz, e, por conseguinte, legitimar a decisão no seio da sociedade e traduzir a ausência de arbitrariedade quando de seu proferimento.

1.2 – Direito à prova

Determina a Constituição Federal de 1988 que o direito de ação é uma garantia fundamental do cidadão (art. 5º, XXXV), comumente chamado de Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional. Noutro tom, o Judiciário garante que nenhuma lesão ou ameaça a direito terá sua apreciação recusada. Forçoso dizer, nesse diapasão, que o direito à produção de provas emerge como corolário natural do direito de ação. Uma vez entregue ao cidadão o direito de postular diante do Judiciário o reconhecimento de seu direito, impõe-se que lhe seja dado na mesma proporção também o direito de confeccionar provas capazes de contribuir para a formação da convicção do magistrado.

Fácil perceber que o direito de ação e o direito à produção de provas estão intimamente relacionados, de modo que o primeiro, se desacompanhado do segundo, torna-se absolutamente inócuo, pelo que daí se deduz a igual relevância da atividade probatória. Na mesma esteira encontra-se Avolio:

Se o escopo do direito de ação e de defesa é o de dar ao interessado uma adequada oportunidade de interferir sobre o desenvolvimento e o êxito do julgamento, pareceria evidente que o exercício concreto desse direito seja essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de servir-se dos instrumentos apropriados, *as provas*, com as quais se procura verificar aquele determinado evento.⁶

Não à toa vigora no ordenamento pátrio o Princípio da Liberdade dos Meios de Prova, indicando ser a regra o uso de qualquer prova apta a influenciar o espírito

⁵ Eugênio Pacelli de OLIVEIRA, *Curso de processo penal*, p. 324.

⁶ Luiz Francisco Torquato AVOLIO, *Provas ilícitas*, p. 29-30.

do julgador, desde que idônea e moralmente aceita. Deveras, é claramente perceptível a presença desse princípio no limbo jurídico, pois cediço que o rol de provas à disposição das partes elencado no Código de Processo Penal não é taxativo; e, de mais a mais, a busca pela verdade real assim exige que seja.

Vale frisar que a garantia fundamental consubstanciada no direito à prova deve ser analisada sob uma dupla faceta, isto é, tanto para a defesa quanto para a acusação, tudo conforme o princípio da isonomia, tema que será tratado mais adiante no trabalho em epígrafe. Ademais, convém destacar que o direito à prova, frequentemente, precede o direito de ação, haja vista que o titular da ação penal precisa de um mínimo de fonte probante a fim de que a exordial acusatória seja recebida.

Dito isto, há que se incluir o direito à prova no rol das garantias constitucionais, pois que, conquanto não previsto de forma expressa no art. 5º da CF, a toda evidência trata-se de desdobramento lógico do direito de ação, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

1.3 – Verdade processual

A prova processual penal desempenha enorme papel, cristalizado na incumbência de apurar fatos no processo e no universo social, porquanto o julgamento firmado em provas nem de longe constitui trabalho solitário do juiz, mas, ao revés, é mergulhado na atmosfera social em que se realiza, estando, por óbvio, irremediavelmente penetrado por fatores das mais variadas espécies, tais como o social, o político, o cultural e as crenças religiosas. Destarte, não ressaí plausível a separação do procedimento probatório de seu aspecto social, uma vez que o escopo da atividade probante está além da formação do convencimento do juiz, mas, sobretudo, na busca precípua da aceitação pela sociedade, de modo que a decisão proferida, aos olhos daquela, seja em seu íntimo a medida mais justa a ser tomada.

Assim é que a busca pela verdade aufere, na temática penal, contornos de extrema relevância e dramaticidade, haja vista a proeminência dos bens jurídicos envolvidos, sendo notável instrumento de efetivação da justiça. Dessa forma, comumente os doutrinadores afirmam que o processo penal não se conforma com a

verdade formal, mas sim com a *verdade real/material*, numa busca intensa visando a reconstruir os acontecimentos pretéritos de maneira mais verossímil.

Ainda hoje é ensinado nas faculdades a clássica distinção: no Processo Civil vigora a verdade formal; no Processo Penal, a verdade real. Passa-se a ideia de que no primeiro, como as pretensões atinam para direitos disponíveis, pode o julgador contentar-se com os elementos trazidos por cada parte, sem maiores diligências, pelo que a parte que de fato é a titular do direito pode perfeitamente ver seu pleito desatendido, bastando que a outra seja mais “convincente”. Lado outro, por ser a liberdade direito indisponível, ao processo penal não seria suficiente a verdade escalonada, a *veritate* dissociada da realidade fática. Logo, não deve o magistrado restringir-se à análise daquilo que as partes trazem aos autos, podendo ele, mesmo de ofício, “ordenar a produção antecipada de provas, bem como determinar no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (art. 156, parágrafo único, I e II, CPP). Nota-se que ao juízo criminal é conferida maior liberdade na apreciação e atividade probatória, sem que, contudo, sua imparcialidade seja desnaturada. A verdade real possibilita, assim, a absolvição do réu ainda que esta nada carreie aos autos em prol de sua inocência.

Sucedem que a busca pela verdade real, objetivo da prova, não pode desembocar em verdadeira caçada na qual as garantias fundamentais sejam postas em segundo plano. A própria vedação da prova ilícita mitiga o dogma da verdade material, pois que, sendo ela, em regra, inadmissível, por mais que traga a imagem e semelhança do desenrolar dos fatos de forma incontestada não poderá ser aproveitada no processo, muito menos influenciar o estado do julgador.

Acresça-se que atualmente existe uma gama de exemplos representativos do quão temperado foi – e vem sendo – o princípio da verdade real no processo penal. Neste sentido, salta aos olhos a autocomposição viabilizada através de acordo civil ou transação penal para as infrações penais de menor potencial ofensivo, perante o Juizado Especial Criminal (arts. 72 e 76 da Lei nº. 9.099/95), dando nova veste à verdade, sendo esta, para tais casos, a verdade consensual; na mesma passada tem-se a possibilidade de perdão do ofendido e da perempção nas ações penais privadas (arts. 51 a 60 do CPP); igualmente exsurge a impossibilidade de revisão criminal *pro societate*, malgrado novas provas da culpabilidade sejam reveladas (art. 621 do CPP).

Ferrajoli, citado por Ávila, destaca ainda outros fatores que afastam o manancial probante da realidade fática, e, por conseguinte, da verdade real:

(...) há mais quatro limitações intrínsecas da verdade processual. A subjetividade ínsita do julgador, condicionado por suas circunstâncias ambientais; a impossibilidade de autocorreção da pesquisa histórica no processo, pela ausência da refutação e críticas de outros historiadores e cientistas, ante o fato de o juiz ser um "investigador exclusivo"; a deformidade profissional do juiz, que passa a enxergar os fatos por meio de um prisma jurídico que equivale a um sistema de esquemas interpretativos do tipo seletivo, que recorta os fatos tidos como penalmente relevantes e ignora todos os demais; e a subjetividade das fontes de prova que são produzidas especificamente para a investigação dos fatos e não antes e independentemente destes, como ocorre na investigação histórica.⁷

Outrossim, de se listar ainda limitações de cunho procedimental, de produção de prova, tais como as nulidades (relativas ou absolutas), a preclusão, as benesses de não testemunhar bem como a inadmissibilidade das provas ilícitas. O próprio princípio do *in dubio pro reo* é expressão das dificuldades de se chegar à verdade real.

Tanto melhor seria o reconhecimento da prevalência da *verdade processual*, não tão apegada ao formalismo extremo e seco da processualística civil e tampouco à busca desenfreada pela absoluta verdade do processo penal. Grinover já alertava para a adaptabilidade do conceito, alterando-o para *verdade judicial*, conforme se vê:

Por isso é o que o termo "verdade material" há de ser tomado em seu sentido correto: de um lado, no sentido de verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo "absoluta" ou "ontológica", há de ser antes de tudo uma verdade *judicial*, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida.⁸

Esposadas tais considerações, a nosso sentir o conceito de *verdade processual* coaduna-se muito mais à atual dinâmica processual do que o outrora intitulado de verdade real. Isto não quer dizer que deva ser abandonado o norte de

⁷ Thiago André Pierobom ÁVILA, *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 84.

⁸ Ada Pellegrini GRINOVER, Antonio Magalhães GOMES FILHO e Antonio Scarance FERNANDES, *As nulidades no processo penal*, p. 123.

se buscar com a máxima precisão a verossímil reconstrução dos fatos, sempre guiando-se pelo respeito às garantias fundamentais do cidadão.

CAPÍTULO II – A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

2.1 – Provas ilícitas

Conforme dito anteriormente, a busca pela verdade real encontra limites, sob pena de, assim não sendo, estar-se a violar direitos e garantias fundamentais do jurisdicionado. Este o espeque a fundamentar o art. 5º, LVI da CF, que assim foi redigido: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”.

A inadmissibilidade das provas ilícitas tem por berço a doutrina norte-americana, forjada na teoria das *exclusionary rules*, e visa a resguardar o cidadão de ingerências do Estado em sua esfera particular, bem como zelar pela lisura do processo em sua dimensão mais ampla. Pacelli bem avalia a razão de existência da vedação constitucional:

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, a aludida norma constitucional cumpre uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente *pedagógica*, ao tempo em que também tutela valores reconhecidos pela ordem jurídica.⁹

O princípio proibitivo é fruto do caso *Elkins v. United States, 1960*, em cuja oportunidade a Corte estadunidense afirmou que “a regra está calcada para evitar, não para reparar. Seu propósito é dissuadir – impor respeito pela garantia constitucional da única maneira efetivamente disponível – mediante a remoção do incentivo para ignorá-la”.¹⁰ É o que veio a se denominar de *efeito dissuasório*, sendo um instrumento de proteção institucional dos direitos fundamentais dirigido a um grupo específico: aqueles agentes encarregados da persecução penal, que por sua atividade têm a possibilidade de reiterar as lesões aos direitos fundamentais.¹¹

Houve tempo, entretanto, em que a busca pela verdade real era de tamanha relevância que as liberdades individuais eram postas em segundo plano, sendo a prova, malgrado ilícita, plenamente aproveitada no bojo do processo, com a ressalva

⁹ Eugênio Pacelli de OLIVEIRA, *Curso de processo penal*, p. 340.

¹⁰ Thiago André Pierobom ÁVILA, *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 119.

¹¹ *Ibid.*

de que ao produtor da prova ilícita seria aplicada a devida punição pela transgressão da norma. Esclarece Barbosa Moreira:

Em semelhante contexto vem-se suscitando a questão das provas adquiridas com infração a uma norma jurídica. Conforme bem se sabe, manifestaram-se a tal respeito duas teses radicais. De acordo com a primeira, deve prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtrai à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz; a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator. Já para a segunda, o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida.¹²

Necessário explanar consagrada posição firmada pela doutrina, a saber, a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima. Em linhas breves, a prova ilícita seria aquela produzida em dissonância às normas de direito material; a prova será ilícita toda vez que configure afronta de normas legais ou de princípios gerais de cunho material. Conveniente enumerar alguns exemplos: confissão obtida através de tortura (art. 5º, III, CF c/c art. 1º Lei nº. 9455/97); a busca apreensão domiciliar realizada sem mandado judicial (art. 5º, XI, CF c/c art. 150, CP); interceptação telefônica sem a respectiva autorização judicial (art. 5º, XII, CF c/c art. 10, Lei nº. 9.296/96).

Seguindo, a prova ilegítima seria aquela produzida em desconformidade às normas de direito processual. Não contrariam, portanto, preceitos de índole material, mas sim há o desacordo com as normas processuais. É o caso da parte que junta documento no procedimento do Tribunal do Júri sem respeitar a antecedência mínima de três dias úteis e vem a usá-lo durante o julgamento (art. 479, *caput*, CPP); a prova fatalmente será ilícita.

Hodiernamente, a referida distinção terminológica não incute interesse prático, posto que, com a atual redação do dispositivo constitucional e do art. 157, *caput* do CPP, ambas foram tratadas como espécies de provas ilegais, posto que obtidas por *meios* ilícitos. Desse modo, as provas ilícitas, de acordo com o entendimento majoritário, são aquelas produzidas de forma a contrariar normas de direito material e constitucional ou normas de direito processual.¹³

¹² José Carlos Barbosa MOREIRA, *A constituição e as provas ilicitamente obtidas*.

¹³ Fernando CAPEZ, *Curso de processo penal*, p. 301.

Em decisão paradigmática, o Pleno do STF teve a oportunidade de manifestar todo o seu repúdio à utilização das provas ilícitas. Veja-se:

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão dos delitos. *É um pequeno preço que se paga por viver em Estado de Direito democrático.* A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Helena Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência Criminal*, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5., inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.¹⁴

Com a garantia constitucional, portanto, enaltecem-se as diretrizes do Estado Democrático de Direito. A um porque se impedem condutas ilegais pela polícia (efeito dissuasório); a dois, preserva-se a integridade e lisura judiciais, pois admitir provas ilícitas significa, para o Poder Judiciário, ser cúmplice dos abusos policiais; a três, e não menos importante, certifica-se à comunidade que o órgão acusador não será beneficiado pela conduta ilegal dos comandos policiais, o que incrementa a confiança popular no governo.

Uma última nota se impõe. O art. 157, *caput* do CPP determina que “*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”. O §4º do referido artigo aduzia que o juiz que tivesse contato com o material ilícito estaria impedido de julgar a questão penal, de sorte que deveria ele remeter os autos ao substituto legal. Argumentava-se que, dessa forma, estar-se-ia preservando o princípio do juiz natural. Ocorre que a simples transferência dos autos a outro magistrado não será a solução do problema, isto porque o próprio ambiente forense, conscientemente ou não, se encarregará de levar ao novo juiz a notícia da prova ilicitamente obtida. É um problema de ordem prática e de difícil solução, uma vez que os juízes chamados a julgar se declarariam suspeitos numa cadeia infinita, prejudicando a razoável duração do processo. Isso sem levar em conta a

¹⁴ Supremo Tribunal Federal – Ação Penal 307-3-DF – Plenário – Relator Ministro Ilmar Galvão – DJU 13/10/1995 – RTJ 162/03-340.

possibilidade das partes burlarem o dogma do juiz natural, inserindo a prova ilícita de maneira dolosa a fim de forçar o deslocamento do feito para um juiz que mais lhe “agrade”. Por isso, sem descuidar do entendimento contrário, logramos entender correto o veto presidencial ao mencionado parágrafo.

2.2 – Provas ilícitas por derivação

A Lei 11.690/2008, ao dar nova redação ao art. 157 do CPP, veio dar regramento legal ao que doutrina e jurisprudência eram consentâneas em aplicar. Trata-se da ilicitude da prova por derivação.

A teoria das provas ilícitas por derivação tem por nascedouro a Suprema Corte dos Estados Unidos, corte que cunhou a doutrina dos *fruits of the poisonous tree* a partir do julgamento de *Silverthorne Lumber Co v. United States (1920)*. Enuncia o caso que agentes federais teriam copiado irregularmente os livros fiscais da empresa ré, de modo que daí foram produzidas as demais provas incriminadoras, taxadas *a priori* de lícitas. Questionou-se na Suprema Corte, então, se provas advindas de atos ilegais teriam o condão de ser admitidas em juízo. Ponderou-se que com a utilização de tais provas no processo, aparentemente lícitas, o Estado estaria estimulando o abuso das autoridades policiais na função persecutória, em contrariedade a 4ª Emenda da Constituição norte-americana. Assim, foi decretada a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, ou seja, os frutos de uma árvore envenenada são igualmente imprestáveis.

Nesse passo, denota-se que a teoria acima nada mais é do que a continuação da *exclusionary rule*, uma decorrência lógica e necessária no resguardo do cidadão face aos ímpetos desmedidos do Estado. É desdobramento do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, a teor do art. 5º, LVI, CF. De nada adiantaria proibir uma interceptação telefônica ilegal se as informações dela extraídas puderem servir de supedâneo a outras evidências.

É o caso, por exemplo, da confissão extorquida mediante tortura através da qual se obtém a exata localização do produto do crime, vindo este a ser regularmente apreendido. É também a hipótese de interceptação telefônica clandestina, na qual se descobre testemunha do fato, sendo ela posteriormente intimada a prestar depoimento incriminando o suspeito.

De se ver que a árvore envenenada alcança não apenas objetos materiais, mas também formais, tais como o testemunho ilicitamente obtido (*Wong Sun v. United States*, 1963). Em *Brown v. Illinois*, 1975, entendeu-se que uma prisão ilegal pode ser uma árvore envenenada. Nesse caso, houve uma prisão ilegal decorrente de falta de indícios, e o suspeito foi levado à delegacia, recebendo os *Miranda warnings* e, após duas horas, realizou uma confissão autoincriminadora; a Corte decidiu que a confissão derivava de uma prisão ilegal e, portanto, era inválida, assim como o fato de que as advertências de *Miranda* não eliminavam o vício da ilegalidade.¹⁵

Na melhor vertente de que a utilização de uma teoria em termos absolutos pode gerar distorções de difícil conserto, a técnica da ponderação não passou despercebida aos olhos da Suprema Corte norte-americana quando da aplicação da árvore envenenada. Assim, forte na proporcionalidade, exceções à referida teoria foram formuladas, sendo as mesmas, inclusive, recentemente incorporadas em nossa legislação processual penal.

A *inevitable discovery exception* (exceção da descoberta inevitável) reza que será afastada a contaminação da prova derivada caso o Judiciário entenda que, fosse como fosse, aquela seria fatalmente conseguida. Outrossim, se determinada prova viria aos autos de qualquer forma, ainda que a ilicitude não tivesse se observado, esta deve ser encarada como uma fatalidade, e o liame entre a prova primitiva e a derivada não deve levar à contaminação desta última. Em *Nix v. Williams*, 1984, a indigitada exceção foi aplicada. Williams foi preso pelo assassinato de uma garota de 10 anos, cujo corpo havia sido deixado às bordas de uma rodovia vicinal. Durante as buscas, Williams, não suportando a sabatina dos policiais, prestou depoimento sem a presença de seu advogado e viabilizou a localização do corpo. O cerne da questão levada à Suprema Corte cingiu-se em saber se a prova que resultou na prisão de Williams deveria ou não ser excluída dos autos, porquanto estava sem advogado e não lhe havia sido esclarecido que tudo que dissesse poderia ser utilizado contra ele no julgamento. Assentou a Corte que não se aplicaria a teoria dos *fruits of the poisonous tree*, haja vista a exceção da descoberta

¹⁵ Thiago André Pierobom ÁVILA, *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 156.

inevitável, pois o corpo da criança, de uma forma ou outra, acabaria sendo encontrado, independentemente do testemunho de Williams.¹⁶

A *independent source doctrine* (doutrina da fonte independente) alerta que se existirem outras provas no processo que não guardem vinculação com a prova ilícita, resta afastada a ilicitude, haja vista se tratar de uma fonte independente. Esta tese foi aplicada em *Murray v. United States, 1988*. Os policiais do caso haviam detectado atividade de tráfico de drogas numa residência, e assim entraram ilegalmente na casa e confirmaram a suspeita; posteriormente requereram um mandado judicial para busca e apreensão indicando apenas as suspeitas e sem mencionar a anterior entrada e, de posse do mandado, entraram novamente na residência e apreenderam as drogas. A Corte entendeu que a prova era válida, pois ainda que os policiais não houvessem realizado a primeira invasão, de qualquer forma seria obtido o mandado a justificar a segunda entrada legal, com base apenas nos indícios iniciais.¹⁷

Estas duas exceções foram inseridas no ordenamento com a reforma protagonizada pela Lei nº. 11.690/08, ainda que de forma não muito clara. De mais a mais, bem antes da reforma a jurisprudência pátria já dava sinais de sua tranquila aceitação. Seguem os arestos:

“Descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repousa em outras provas que exurgem independentes, ou seja, não vinculadas à que se aponta como ilícita”.¹⁸

“A existência nos autos de prova obtida ilicitamente (escuta telefônica autorizada por juiz antes do advento da Lei n. 9.296/96) não basta a invalidação do processo, se há outras provas consideradas autônomas, isto é, colhidas sem necessidade dos elementos informativos revelados pela prova ilícita. Precedente citado: RHC n. 72.463/SP (DJU 29/09/1995)”.¹⁹

Hipótese ainda não disseminada entre nós, sendo citada por poucos autores, diz respeito à *attenuated connection doctrine* (contaminação expurgada ou conexão atenuada). É possível que o vínculo entre a prova ilícita e a prova derivada seja tão

¹⁶ Bruno Fontenele CABRAL, *A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro*.

¹⁷ *Ibid*, p. 157.

¹⁸ Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma – HC 75.892-6/RJ – Relator Ministro Marco Aurélio – DJU – Seção I – 17/04/1998.

¹⁹ Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma – HC 76.231/RJ – Relator Ministro Nelson Jobim – DJU 16/06/1998 – *Informativo STF* – n. 115 – junho de 1998.

tênue ou superficial que acabe não havendo contaminação. Esta seria expungida. A ausência de vínculo não é absoluta; ela existe, porém acaba sendo tão insólito que é irrelevante, preservando-se a licitude da prova derivada.²⁰

Aventa-se ainda a possibilidade de excepcionar a teoria dos *fruits of the poisonous tree* com arrimo na boa-fé dos agentes policiais que, ao procederem à colheita da prova, tenham agido destituídos do dolo de transgredir a normas formais ou materiais. Diga-se que, todavia, não se tem notícia de aproveitamento destas duas últimas teses no Brasil, sendo elas aplicadas eminentemente na cultura jurídica norte-americana.

²⁰ Nestor TÁVORA e Rosmar Rodrigues ALENCAR, *Curso de direito processual penal*, p. 318.

CAPÍTULO III – O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O Constituinte inseriu na ordem jurídica pátria um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, preconizados em sua maioria no art. 5º da CF. São normas abstratas e gerais, tendo por destinatário toda a sociedade. Disso se depreende que não raro a tutela de um direito culminará no esmorecimento de outro. A proteção universal e em tempo integral de tais direitos é meta irrealizável, de modo que a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e controlabilidade diante de normas que entrem em rota de colisão.²¹

Importante perfilhar clássica distinção idealizada por Robert Alexy, no tocante a categorias de normas jurídicas, a saber, as *regras* e os *princípios*. As regras obedecem ao parâmetro da subsunção, desenvolvendo-se por via de um raciocínio silogístico no qual a premissa maior – a norma – incide sobre a premissa menor – os fatos –, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto.²² Deveras, as regras seguem um prisma determinado e intransigente, plasmado na “lei do tudo ou nada” ou da “negação/aceitação”, sendo certo que, quando ela estabelece uma maneira de comportamento e este não é atendido, ter-se-á a sanção nela prevista. Não há possibilidade de diálogo ou concessões. O que se tem à mão são os critérios de resolução de conflitos de normas, tais a temporalidade e especialidade, bem como cláusulas de exceções, que, quando aplicados, resultam no sacrifício integral de uma regra.

Os princípios, a sua vez, são dotados de maior grau de abstração e generalidade, possuindo, em tese, conteúdo indeterminado, haja vista que sua instrumentalização depende da intervenção e interpretação do operador do direito, na maioria das vezes representado pela figura do juiz. São, em verdade, mandados de otimização, de modo que a aplicação de um não implica a queda do outro; há tão somente níveis de densidade e gradação, que transitam conforme as peculiaridades e condicionantes do caso concreto. Diante do conflito entre eles, não há que se falar em sacrifício ou exclusão do ordenamento jurídico de um deles, mas sim em precedência de um sobre o outro.

²¹ Luis Roberto BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, p. 325.

²² *Ibid.*

Feita esta distinção, em que pese a importância da lógica subsuntiva, pois que imprescindível para a dinâmica do direito, não é a mesma suficiente para lidar com situações que envolvam embates de princípios ou de direitos fundamentais – que não são absolutos –, emergindo imperativo um sistema apto a solucioná-los satisfatoriamente sem pôr em risco a ordem jurídica. É desse cenário que nasce a técnica da ponderação.

Para a doutrina alemã, *princípio da proporcionalidade*, decorrente da “proibição do excesso”; para a norte-americana, *princípio da razoabilidade*, desdobramento imediato do devido processo legal. Independentemente da terminologia usada, a verdade é que ambos são lados de uma mesma moeda, consubstanciada na ponderação de bens e interesses, um critério hermenêutico como ferramenta capaz de dirimir colisões entre preceitos fundamentais.

Nessa toada, a proporcionalidade ganhou desenvoltura e disciplina nas jurisprudências e doutrinas alemã e estadunidense, funcionando como regra de exclusão à inadmissibilidade das provas ilícitas, quando, sopesando-se as singularidades do caso concreto se chegue à conclusão de que a exclusão da prova ilícita levaria à absoluta perplexidade e evidente injustiça.²³ Manifesta expressão dessa hermenêutica jurídica é a utilização da prova ilícita em favor do réu, posto que, na espécie, a inadmissibilidade da prova ilícita deve recuar diante da presunção de inocência e da ampla defesa.

Estados Unidos e Alemanha compartilham o entendimento de que, da análise das circunstâncias concretas do caso, das nuances e particularidades, e atentos ainda a um resultado aberrante que poderia advir de uma irrestrita operação subsuntiva, admitem a aplicação da técnica ponderativa em prol da admissibilidade de provas ilícitas, seja em favor do réu ou da sociedade, pautando-se sempre pela excepcionalidade da medida.

No Brasil, doutrina e jurisprudência são consentâneas quanto à aplicação do referido princípio em prol do réu injustamente acusado, e, se assim não for, a prova colhida é de todo imprestável. O magistério de Nucci é assim alinhado, refletindo a doutrina majoritária:

Não há que se buscar mais a sistemática da proporcionalidade. Este método consiste em ponderar os bens em disputa: produzida uma

²³ Nestor TÁVORA e Rosmar Rodrigues ALENCAR, *Curso de direito processual penal*, p. 320.

prova ilícita, com ou sem derivados, valeria compará-la com o bem jurídico violado pelo delito. Se este for maior, deve-se aceitar a prova ilícita, punindo-se o agente. Se for menor, despreza-se a prova ilícita, absolvendo-se o infrator. Ilustrando: para apurar a prática de um homicídio, invade-se um domicílio, sem mandado judicial, apreendendo-se provas. Estas são consideradas ilícitas, mas o crime é grave, tratando-se de delito contra a vida. Por isso, mantém-se a condenação do homicida com base em provas ilícitas. No mesmo cenário, se o crime fosse um furto (menos grave), as provas ilícitas seriam desprezadas e o agente, absolvido. O critério legislativo foi claro no art. 157 do Código de Processo Penal. Inexiste proporcionalidade. Provas ilícitas são desprezadas e, com elas, todas as derivadas. Abre-se, entretanto, a indispensável exceção, quando se estiver inserido no cenário do confronto entre a prova ilícita e a inocência do réu.²⁴

Moraes, noutra tomada, ensina que tal princípio não deve ser imediatamente afastado quando o que se pretende é a utilização da prova ilícita *pro acusaciones*, porquanto o respeito às garantias constitucionais não podem servir ao desiderato delinquento, muito menos à impunidade.

Saliente-se, porém, que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando a corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Esta atenuação prevê, com base no *Princípio da Proporcionalidade*, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo a possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.²⁵

De ficar bem claro que a utilização desse princípio – sobretudo em favor da sociedade – é medida de exceção, observada apenas em casos de extrema complexidade (*hard case*). Por isso que, para sua correta aplicação, faz-se mister o rigoroso atendimento a critérios estruturantes, sem os quais será ilegal a medida buscada.

Diante das singularidades do caso, notada a insuficiência da subsunção da norma aos fatos, deve o aplicador do direito questionar se o fim almejado compatibiliza-se com os meios utilizados, se são idôneos à consecução do objetivo. Trate-se da *adequação* da medida, refletida na real possibilidade de o meio utilizado promover o fim que se deseja de uma forma idônea.

²⁴ Guilherme de Souza NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 33.

²⁵ Alexandre de MORAES, *Direito constitucional*, p. 111.

Seguindo, a *necessidade* da medida também não pode ser descurada. Aduz este subprincípio que a medida restritiva só será legítima se não houver outro meio menos nocivo de se obter o mesmo fim traçado. É o que se percebe, por exemplo, ante a impossibilidade fática de reprodução dos acontecimentos sem o auxílio da prova ilícita, auferindo ela contornos de imprescindibilidade.

A terceira etapa da técnica valorativa traz a lume a *proporcionalidade em sentido estrito*, arrimada no tradicional questionamento: os benefícios trazidos pela promoção do fim justificam o sacrifício provocado pelo meio adotado? Assim, é verossímil que a aplicação da *exclusionary rule* pode destoar sobremaneira do ideal de justiça e deixar à relva outras garantias fundamentais de igual ou maior quilate, fato que legitima, dada a circunstância, o afastamento da regra, conforme se verá em alguns casos articulados nos capítulos infra.

Moraes e Arruda demonstram com singular propriedade o quão absurdo pode ser um sistema processual penal resistente ao princípio da proporcionalidade em matéria de provas:

Conforme estudado anteriormente, as liberdades públicas não podem ser utilizadas como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que ao praticarem atos ilícitos inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado.²⁶

A ausência de punição pelo crime contra a vida não afrontaria até mesmo o primário sentimento de justiça da comunhão, entendido como o quanto se reputa certo ou errado? A tolerância com tão grave crime não traduziria a falência da justiça oficial e incutiria a crença na injustiça? A impunidade pelo crime de sangue não suscitaria o alarma social, o temor, a insegurança? Não seria a consagração do individualismo do réu absolvido e o esquecimento dos interesses dos demais integrantes do corpo social? O pseudo direito do delinqüente não seria mais respeitado do que o verdadeiro direito dos demais membros da sociedade?²⁷

²⁶ Ibid, p. 115.

²⁷ Élcio ARRUDA, *Revisão criminal pro societate*, p. 307.

Finalmente, impõe destacar que, a toda evidência, uma das finalidades precípuas do processo é a tutela penal eficiente, sendo uma de suas vertentes a segurança pública (arts. 5º, *caput* e 144, *caput*, CF). Não deve ela sempre e a todo custo ceder perante a constatação de prova viciada, haja vista a envergadura do postulado e seu verdadeiro significado. Discorrendo sobre o tema, explana Feitoza:

A segurança pública pode ser abordada como um processo de realização/preservação de paz e, por conseguinte, de identificação e resolução favorável de fenômenos caracterizados por algum tipo de violência. Tendo em vista a noção ampla de violência, a segurança pública se refere à integralidade dos direitos fundamentais, como fica claro, por exemplo, com a idéia de ausência de violência estrutural, que é a situação de justiça social.²⁸

Dito isso, nada ocioso pontuar que o real garantismo deve se projetar para além da proteção exacerbada do cidadão, de maneira a se aproximar em igual medida da defesa da comunidade. A segurança pública é corolário lógico desta dinâmica, sobretudo por ser meio efetivo de concretização de direitos fundamentais, motivo suficientemente apto a fazer frente, conforme o caso, à vedação de provas ilícitas e à liberdade individual.

²⁸ Denilson FEITOZA, *Direito processual penal*, p. 57.

CAPÍTULO IV – PROVA ILÍCITA *PRO REO*

Clara decorrência da razoabilidade inserta em nosso ordenamento é a plena admissibilidade da prova ilicitamente obtida em favor do réu, tornando-se despiciendo listar os autores que a adotam. E assim o é porque quando o acusado obtém a prova de modo ilícito, compreende-se que há o embate entre o princípio da proibição da prova ilícita com o princípio da presunção de inocência e da ampla defesa, pelo que estes últimos devem sobrepujar aquele. Permite-se a prova ilícita *pro reo*, uma vez que inconcebível a condenação de um inocente.

Exemplo de aplicação dessa teoria reflete a situação na qual o réu, não tendo meios de provar sua inocência senão com base num documento guardado na residência de um terceiro, invade-a sorrateiramente e se apodera do documento, vindo a juízo se utilizar da prova. O domicílio e a privacidade do terceiro foram inegavelmente violados, ou seja, direitos constitucionalmente assegurados foram agredidos e fatalmente a prova será tachada de ilícita, o que, todavia, não impedirá seu aproveitamento em prol da defesa. Exemplo outro seria a conduta da pessoa que grava sub-repticiamente sua conversa com terceiro para demonstrar a própria inocência.²⁹

Tão forte é a aplicação irrestrita da prova ilícita *pro reo* (à exceção da tortura), que as Mesas de Processo Penal da Universidade de São Paulo editaram a súmula nº. 50³⁰, admitindo a utilização da prova ilicitamente obtida em favor do réu.

Outros doutrinadores há que sequer enxergam o cenário supra como inserido no âmbito da vedação constitucional, na medida em que estaria o acusado, desde que erroneamente lançado ao pólo passivo da lide penal, agindo sob o amparo de uma excludente de antijuridicidade. Concluem alguns que a conduta do réu, injustamente acusado, seria norteadada pela legítima defesa, pelo estado de necessidade ou mesmo pela inexigibilidade de conduta diversa (excludente de culpabilidade). Logo, não seria estritamente caso de incidência da técnica da ponderação.

A bem da verdade, cumpre dizer que as referidas excludentes são de *per si* advindas do princípio da proporcionalidade, pois a máxima de que a ninguém é

²⁹ Ada Pellegrini GRINOVER, Antonio Magalhães GOMES FILHO e Antonio Scarance FERNANDES, *As nulidades no processo penal*, p. 128.

³⁰ “Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa”.

exigido sacrifício desarrazoado de um direito em prol de outro estampa a própria essência do princípio. Se o Estado preconiza que *quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se* atua sob o pálio do estado necessidade, quer ele dizer que os direitos fundamentais são *relativos*, podendo ceder em favor de outros a depender das nuances do caso concreto. É a aplicação nua e crua do princípio da proporcionalidade. Ou será que se olvida de que a produção de uma prova ilícita por um agente injusticadamente acusado, quando tolhido de outros meios para produzi-la, é *adequada, necessária e razoável* a fim de garantir-lhe a liberdade?

Apaziguadas as discussões acerca do fundamento hábil a admitir as provas ilícitas em favor do réu, o que de fato importa é que essa teoria goza de tranquila aplicação em nossa jurisprudência, para bem da justiça e das liberdades públicas, fins precípuos de um Estado Democrático de Direito.

À guisa de suporte, segue o magistério de Távora e Alencar:

Dessa maneira, a prova ilícita poderia ser utilizada em favor da inocência, de sorte a evitar-se uma limitação na utilização da prova que, mesmo produzida ao arrepio da lei, cumpra o papel de *inibir condenação descabida*. Deve-se avaliar, portanto, a sua real utilidade para a persecução penal e o grau de contribuição para revelar a inocência, além do bem jurídico violado para a obtenção da prova. O balanceamento deve ser checado não só na conclusão solar que a proibição da prova ilícita não deve prosperar diante de uma possível condenação injusta, mas também nos meios utilizados para a obtenção desta prova, e o prejuízo provocado por eles.³¹

Para finalizar, frise-se que ao próprio Estado não interessa a punição de um inocente, mormente pela consequência natural de que isso implica arbitrariedade das mais graves e por certo garante a impunidade do verdadeiro infrator.

³¹ Nestor TÁVORA e Rosmar Rodrigues ALENCAR, *Curso de direito processual penal*, p. 321.

CAPÍTULO V – PROVA ILÍCITA *PRO SOCIETATE*

Mais do que nunca o tema da ilicitude das provas denota relevo, especialmente porque se vive numa época em que, não bastassem as tensões sociais experimentadas em altíssimo nível, o desenvolvimento tecnológico desponta como eficiente instrumento a vulnerar os direitos constitucionais das pessoas; e em igual proporção detecta-se a premente necessidade do Estado de usar tal arma como importante mecanismo de combate à macrocriminalidade, cada vez mais organizada e sofisticada.

Valendo-nos das linhas protagonizadas por Távora e Alencar acima esposadas, no sentido de que a prova produzida ao arrepio da lei pode auferir prestabilidade com vistas a *inibir condenação descabida*, não menos verdadeiro é que em situações extremas absolvições descabidas também devem ser evitadas.

A seguir serão delineadas e fundamentadas ocasiões nas quais o princípio da proporcionalidade, e sobretudo o bom-senso, apontam a perfeita possibilidade de aproveitamento da prova ilícita em favor da coletividade, do interesse e segurança públicos. São hipóteses representadas pela *gravidade do crime*, pela *prova ilícita produzida por particular* e pelo *encontro fortuito de provas*.

5.1 – Gravidade do crime

A regra da exclusão da prova ilícita norteia o processo penal, pelo que deve a mesma ser desentranhada dos autos, sem prejuízo algum de punição ao agente produtor da prova, porquanto transgressor de normas imperativas. Convém alertar que a atividade policial é toda ela pautada por fatos típicos, sob os quais, contudo, incide uma excludente de ilicitude, refletida no estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III do CP). Uma busca e apreensão é um roubo ou um furto justificado; o rechaço à resistência à prisão é lesão corporal com justa causa; uma revista é violadora da intimidade do investigado, porém razoável.

Poder-se-ia dizer, amiúde, que a polícia, no combate ao crime, vale-se justamente da prática de crimes, contudo acobertada por uma excludente legal de antijuridicidade, propiciando a plena validade da prova colhida. O que extrapola tais

limites, à evidência, estará desamparado da justa causa supra, e por conseguinte a prova será inadmitida.

A Carta Magna, atenta para uma proteção penal eficiente para determinados delitos, logrou tratá-los de forma bem severa, haja vista a repulsa e instabilidade social provocadas por eles. São os crimes de tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e os crimes hediondos previstos na Lei nº. 8.072/90 (art. 5º, XLIII, CF). Na mesma passada deveriam ser inseridos os crimes políticos, que achincalham o erário e a sociedade. Será que diante de tais delitos, de gravidade atestada pela própria Constituição Federal, em determinados casos-limites, não seria possível contemporizar a regra de exclusão probatória a fim de estender a excludente de antijuridicidade policial e possibilitar um efetivo combate à criminalidade?

Para responder a essa indagação é prudente que sejam consultados os critérios de aplicação do princípio da proporcionalidade, pois que não raro a colisão de direitos fundamentais ultrapassarão o duelo entre a inadmissibilidade da prova ilícita e a persecução penal eficiente. Logo, qualquer restrição a direito individual exige estrita ponderação, devendo ser ela adequada, necessária e justificável ante o bem que se agasalha.

O STF é assente no sentido de inadmitir a prova ilícita com base na gravidade do delito. Não obstante, entendeu cabível a proporcionalidade ao permitir que autoridades carcerárias violassem a correspondência de detento com base na suspeita de que o mesmo estaria a chefiar organização criminosa de dentro do presídio. Ponderou-se a regra de exclusão aliada à inviolabilidade de correspondência face à segurança pública, ao interesse da coletividade e às eventuais lesões acaso tal intervenção não fosse determinada. Eis a decisão da Suprema Corte:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.³²

³² Supremo Tribunal Federal. HC nº. 70.814/SP, Rel. Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 01/03/1994.

A decisão, conquanto isolada, espelha bem a ideia de que a sociedade é tão merecedora de proteção quanto o é o indivíduo, não podendo ela ficar refém das leis por ela mesma cunhadas ao passo que criminosos escoram-se nelas para garantir a atividade escusa e conseqüente impunidade.

Imagine-se que um marido tenha assassinado sua mulher brutalmente, no interior de sua residência. Por intermédio de uma busca e apreensão não autorizada, ou uma escuta telefônica ilegal, colhe-se material audiovisual que incrimina o marido, pois ele próprio teria gravado todo o *iter* do homicídio. Tal crime é hediondo, grave, e, sobretudo, não há outro meio apto a elucidar os fatos. Acrescente a notoriedade do caso perante a comunidade. Seria cabível a técnica da ponderação, visando a afastar a regra da exclusão das provas ilícitas? Ou poderia o acusado valer-se do *escudo protetivo* das garantias fundamentais a fim de garantir sua inocência? A tendência das Cortes brasileiras deduz ser tal prova incompatível com a sistemática do Estado de Direito, devendo ela ser inadmitida. A solução, por certo consultaria os cânones da proporcionalidade se competisse às jurisdições norte-americana e alemã o provimento final do feito. O curioso é que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas foi importado pelo Brasil exatamente destes países. Infelizmente estacionamos.

Caminhando um pouco mais, vislumbre-se que o caso acima de fato tenha ocorrido no Brasil, com ampla repercussão social, inclusive midiática, e, o juiz do caso, pautando-se pelo princípio da proporcionalidade, não aplique as disposições do art. 5º, LVI da CF e pronuncie o réu. A decisão final, consoante nossa sistemática processual, estará na mão do Júri.

A tese de defesa, obviamente, guiar-se-á pela inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, razão pela qual será aventada a absolvição do réu. Ocorre que o tribunal popular, além de soberano, prescinde de fundamentação para decidir, isto é, os integrantes do Júri votam os quesitos orientados exclusivamente pela íntima convicção³³. Logo, é imperativo reconhecer que nem mesmo a melhor banca de advocacia criminal conseguirá incutir no Júri a idéia de que num Estado Democrático de Direito vige o Princípio da Vedação das Provas Ilícitas, o qual é uma garantia fundamental do jurisdicionado, e por isso deve a prova ser desentranhada e não valorada, culminando na absolvição de seu cliente.

³³ No ponto, seria despropositada a exposição das críticas ao sistema de valoração das provas no Tribunal do Júri, pois não é este o objeto deste trabalho.

Uma vez acessado pelos jurados o conteúdo do vídeo escusamente produzido, com flagrante violação da intimidade e do domicílio do réu, dificilmente o Júri fechará os olhos para a realidade a ele desvendada, e fatalmente a condenação do réu se imporá³⁴.

E percebam que interessante. O comando do Tribunal do Júri também está localizado no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão, sendo ele uma garantia do réu de que, nos casos de crimes contra a vida, ele será julgado pelos seus pares. E, como cediço, a decisão do Júri é soberana, posto que ela reflete a vontade e pensamento da sociedade, pelo que deve a mesma ser acatada e respeitada. Então, convém que se coloque, pode-se dizer que no caso exposto é a própria comunidade, diretamente, que exerce a técnica da ponderação e da forma mais legítima possível, pois sua decisão é soberana. O princípio que nós mesmos forjamos através do Poder Constituinte, a saber, a vedação das provas ilícitas, cede espaço não apenas aos nortes de segurança pública e justiça, mas também à soberania da decisão do Júri, através da mais sublime participação popular na justiça.

Examinando ainda o caso narrado, encontra-se outro argumento que a toda sorte autoriza o aproveitamento da prova ilícita em prejuízo do réu. Parte-se do pressuposto de que a pena imposta possui um viés eminentemente retributivo, preventivo e ressocializador. Assim sendo, cumprida a pena, estará o agente apto a se inserir no seio da sociedade, sem nenhum vestígio de preconceito por parte desta última. Infelizmente não é este o natural desenrolar das coisas. Malgrado a quitação do indivíduo para com a justiça, notadamente se percebe uma carga indistigável de discriminação dirigida ao ex-condenado, tendo ele enorme dificuldade de aceitação entre seus semelhantes, sobretudo para conseguir um emprego.

Se alguém processado, condenado e executado, mais que isso, “ressocializado”, ainda assim mantém a pecha de criminoso, numa errônea aceção de que os efeitos da condenação são *ad infinitum*, o que dizer do quadro no qual o agente é reconhecidamente culpado e o Estado nada pode fazer? Estaria atendido o Princípio da Proteção Penal? Suportaria a comunidade o irrestrito direito de ir e vir do agente, sabidamente culpado, não condenado e não “ressocializado”?

³⁴ Por conveniência e economia, não se fará menção à sistemática recursal.

Como se vê, se o convívio social já se mostra desafiador para quem cumpriu devidamente sua pena, sem sombra de dúvidas, a tarefa para quem se livrou solto é praticamente impossível, uma vez que, além do preconceito intrínseco de seus pares pela atividade criminosa, bem prováveis serão investidas covardes e retaliações contra o agente, tal como o linchamento, por exemplo. O clamor público, embora muitas vezes chamado sem a correta e fundamentada necessidade, no presente caso se vislumbra coerente.

São apontamentos de inegável importe, trazendo à baila mais substrato à tarefa de embasar a ideia de que o caso concreto, conforme suas peculiaridades, demandará, em menor ou maior medida, um sensível juízo de proporcionalidade dirigido a evitar contradições irreparáveis, como esta aqui elucidada.

Aproveitando a questão à luz do caso concreto e suas respectivas circunstâncias, Alexandre Castro Coura, citado por Bedê e Senna, defende a consideração de cada nuance específica para a racionalização do processo relativo à ilicitude da prova:

Nesse sentido, à luz do julgamento do Habeas Corpus 3982/RJ, pelo Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, é possível compreender porque a definição jurisdicional da (i)licitude da prova deve ser tratada em concreto, como fruto de um processo no qual as circunstâncias do caso sejam levadas em consideração, e não como um dado pressuposto, decorrente de uma perspectiva ontologizante e redutora da complexidade, inclusive nas situações em que a escuta telefônica tenha sido realizada sem autorização judicial. (...) Tomando a questão da interpretação jurídica dali, onde o positivismo kelseniano parou, há de se destacar a legitimidade da ordem jurídico-democrática requer decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigentes, mas pressupõe, igualmente, que sejam racionalmente fundadas nos fatos da questão, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais. Dessa forma, apenas uma interpretação construtiva do ordenamento jurídico (principiologicamente concebido), atenta às peculiaridades do caso concreto, evitará um indevido alargamento do rol das provas consideradas ilícitas, permitindo identificar inúmeras situações em que a produção probatória é lícita, apesar da existência de normas restritivas *prima facie* aplicáveis.³⁵

Grinover, Gomes Filho e Scarance dão a exata noção do âmbito de incidência da técnica ponderativa quando patente a gravidade do ilícito, consoante descrevem:

³⁵ Américo BEDÊ Júnior e Gustavo SENNA, *Princípios do processo penal*, p. 52.

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos *extremamente graves*, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.³⁶

Preocupado com a macrocriminalidade, Barbosa Moreira acredita ser necessária a relativização da norma proibitiva, não pendendo a balança apenas para a defesa, mas, também, em certas ocasiões, em proveito da acusação. A premissa por ele utilizada é o princípio da isonomia, consubstanciada na equiparação das armas probantes entre os litigantes, decorrência até mesmo do que se tem denominado no processo penal de *par conditio*. Naturalmente, a acusação, em todos os aspectos, mostra-se melhor aparelhada dentro do processo que a defesa. Situações há, porém, que o quadro se inverte, sobretudo quando o polo passivo é composto por uma organização criminosa, cujas metas são cumpridas à risca, seja qual for o custo demandado. Corrompe-se, falsifica-se, mata-se, compra-se, “queimam-se arquivos”, enfim, é amplo o leque “persuasivo” de tais organismos. Traduzindo o pensamento, com a costumeira inteligência, o insigne jurista assim se expressou:

Todavia, se a defesa - à diferença da acusação - fica isenta do veto à utilização de provas ilegalmente obtidas, não será essa disparidade de tratamento incompatível com o princípio, também de nível constitucional, da igualdade das partes? Quiçá se responda que, bem vistas as coisas, é sempre mais cômoda a posição da acusação, porque os órgãos de repressão penal dispõem de maiores e melhores recursos que o réu. Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade formal, se estará tratando de restabelecer entre as partes a igualdade substancial. O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará

³⁶ Ada Pellegrini GRINOVER, Antonio Magalhães GOMES FILHO e Antonio Scarance FERNANDES, *As nulidades no processo penal*, p. 127.

maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o "poderoso chefe" local.³⁷

Para finalizar e demonstrar o quão combativo e interessante é o debate sobre o uso de provas ilícitas face à gravidade de um dado crime, impõe-se mencionar, conforme Avolio, clássica e reflexiva discussão travada entre Cappelletti e o Prof. Smit, durante a Conferência da *International Association of Legal Science*, de 1971, em Florença, na qual mesmo para aqueles definitivamente avessos ao aproveitamento da prova ilícita ressaltou difícil elaborar uma solução de plano. Confirme-se:

Cappelletti perguntou a Smit se, em seu entender, quando se conseguisse, através de uma prova ilegal, saber da existência de uma bomba no solo de Florença, a prova ilícita poderia ser usada para alcançar o criminoso; Smit respondeu que a prova ilícita poderia ser usada apenas para localizar e desmantelar a bomba, mas, desde que obtida ilegalmente, não poderia ser usada para punir o criminoso. Cappelletti indagou, então, qual seria o procedimento se a prova assim conseguida revelasse não apenas a identidade do criminoso, como ainda que o mesmo planejava destruir Veneza e Paris no dia seguinte, ao que Smit respondeu que casos-limites frequentemente tornam as decisões mais difíceis.³⁸

Deveras, ante a gravidade do crime, bem como sua organização e sofisticação, é de se dizer que não é o descumprimento das regras balizadas nas leis penal e processual penal que contaminará a prova, mas sim o estudo de sua incompatibilidade/harmonização com os direitos e garantias fundamentais, sob um enfoque globalizado dos interesses, de modo a sobressair aquele de maior preponderância, sempre sob o crivo dos critérios da proporcionalidade.

5.2 – Prova ilícita produzida por particular

Incessantemente, no decorrer deste trabalho, vem-se afirmando que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas consiste numa garantia do indivíduo contra arbitrariedades cometidas pelo Estado. Se as autoridades públicas produzem

³⁷ José Carlos BARBOSA Moreira, *A constituição e as provas ilicitamente obtidas*.

³⁸ Luiz Francisco Torquato Avolio, *Provas ilícitas*, p. 151.

a prova sem a devida observância de regras de índole material ou formal, não pode o Estado utilizá-la contra o cidadão. É o que a comunidade jurídica veio chamar de *efeito dissuasório* da vedação, pois, sabedor da inutilidade da prova ilicitamente obtida – sem prejuízo de eventuais responsabilidades –, o Estado abstém-se de agir na contramão das disposições legais. É maneira de proteger os direitos fundamentais, e conseqüentemente manter a unidade e a harmonia do ordenamento.

Desvenda-se esse nítido viés dissuasório da norma sua própria criação, haja vista as experiências vivenciadas por todos os setores da sociedade nos “anos de chumbo”, razão sobremaneira suficiente, à época, para uma guinada de 180º no tema atinente à atividade probatória. Visava-se a pôr uma pá de cal nos abusos e ingerências do Estado. Irretocável a lição de Ávila:

O princípio constitucional do art. 5º, LVI, da CF/88 representa a síntese de um momento político e histórico brasileiro de proscricão contra os abusos cometidos durante o regime da ditadura militar. Um sistema no qual o discurso de segurança nacional fundamentou abusos intoleráveis aos direitos humanos, tais quais torturas, prisões ilegais, execuções sumárias, violações à intimidade domiciliar e ausência de resguardo mínimo da vida privada dos cidadãos. Ao se virar uma página violenta da história brasileira, decidiu o legislador constituinte de 1988 sepultar definitivamente esse regime totalitário de supremacia absoluta do interesse público [*rectius*: dos detentores do poder político] sobre valores mínimos da dignidade humana. Como forma de estabelecer esse programa de modificação da estrutura de Estado, realizou o constituinte a opção por uma garantia que criasse condições institucionais de evitar as violações sistemáticas aos direitos fundamentais, procurando arraigar o sentimento de obrigatoriedade de obediência aos mandamentos constitucionais e criar uma nova cultura jurídica democrática.³⁹

A inadmissibilidade das provas ilícitas, insta reconhecer, visa a dissuadir o aparelho estatal de agir arbitrariamente, ao passo que o efeito dissuasório em relação ao particular é inócuo, haja vista não ser ele agente produtor da prova.

Por não se dedicar à persecução penal, a prova casualmente colhida pelo particular com infração de disposições legais não deve resultar na peremptória exclusão da mesma, porquanto sobre ele não incide a teleologia do efeito dissuasório. Coaduna-se do raciocínio de que o particular não age pensando na possível sanção processual da invalidade da prova, ou ulterior punição pessoal, isto

³⁹ Thiago André Pierobom ÁVILA, *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 118.

porque ele não está propenso a burlar formalidades procedimentais, tampouco inclinado a o fazer de forma reiterada. Ademais deve militar a favor do particular o cânone da presunção de inocência.

É elevado o preço da exclusão da prova, não o devendo ser suportado quando não vislumbrado efetivo efeito dissuasório.

Pacelli, trilhando o entendimento sobredito, fala em *aplicabilidade potencial e finalística* da norma da inadmissibilidade, consubstanciada no controle da atividade estatal responsável pela função probatória. Assim se posiciona o ilustre professor:

Mas, voltando à questão do aproveitamento da prova ilícita em favor da acusação, diríamos que o critério de proporcionalidade poderá validamente ser utilizado, nas hipóteses em que não estiver em risco a *aplicabilidade potencial e finalística* da norma da inadmissibilidade. Por *aplicabilidade potencial e finalística* estamos nos referindo à função de controle da atividade estatal (responsável pela produção da prova) que desempenha a norma do art. 5º, LVI, CF. Assim, quando não puder se falar no incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade.⁴⁰

Consoante elucida o autor, notadamente quando a prova ilícita for produzida pelo particular, inexistirá o incremento ou o estímulo à transgressão, posto que o comando normativo dirige-se ao Estado, e não ao particular.

Lamentavelmente, o STF perdeu belíssima oportunidade de flexibilizar a norma proibitiva em prol da ponderação de interesses e da ausência de efeito dissuasório em face do particular. Trata-se da decisão proferida no RE 251.445/GO, cuja ementa denota, dentre os interesses postos, a prevalência da regra de exclusão.

No caso, um dentista pedófilo registrou, através de fotografias, as relações sexuais por ele mantidas com crianças e adolescentes, vindo a guardá-las no interior do cofre de seu consultório odontológico. Alguns menores, sorrateiramente, adentraram no local de trabalho do dentista e, entre outras coisas, subtraíram as tais fotografias, passando a chantageá-lo em troca de dinheiro, sob pena de, acaso não atendidos, seria o material entregue à polícia. Recusada a exigência, as fotos foram levadas às autoridades policiais, instaurando-se ação penal contra o pedófilo pela

⁴⁰ Eugênio Pacelli de OLIVEIRA, *Curso de processo penal*, p. 373.

prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. As vítimas foram identificadas uma a uma e todas confirmaram o teor da acusação.

Chegando a controvérsia no STF, a Corte assim decidiu:

A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. A prova ilícita – por qualificar-se como elemento inidôneo de informação – é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atinge garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular.⁴¹

O STF preferiu dar guarida à inviolabilidade do domicílio e à privacidade do réu, pelo que foi a prova obtida acoimada do vício da ilicitude. Sequer como *noticia criminis* a prova foi aceita. Ficou em último plano a dignidade de várias crianças molestadas, assim como fora liminarmente afastada a grandeza do bem jurídico violado, cujos efeitos serão sentidos e ressentidos por toda a vida destas crianças. A sobredita decisão espanca de todos os lados a técnica da ponderação, faz tábula rasa do ideal de justiça e consagra a impunidade, o que por certo não são os objetivos de um Estado Democrático de Direito.

Pacelli, estudando o caso, manifesta toda sua irrisignação:

Como logo se vê, a violação, covarde, de direitos fundamentais (à segurança, à proteção da incapacidade, à intimidade e outros tantos)

⁴¹ Supremo Tribunal Federal. RE nº 251.445/GO, Rel. Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 21/06/2000.

de vários menores não mereceu a aplicação do princípio da proporcionalidade, preferindo-se manter a proteção do domicílio do acusado, já que, como se sabe, é essa (inviolabilidade do domicílio) uma garantia individual expressa (art. 5º, XI).

Acreditamos que a Suprema Corte perdeu uma grande oportunidade de aplicação do critério da proporcionalidade, sobretudo porque se encontrava diante de uma situação em que as lesões, presentes e futuras, causadas pela infração criminal eram (e serão), a senso comum, imensamente maiores que aquela decorrente da violação do domicílio.

Ora, se a mais relevante função desempenhada pela garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, para além de sua dimensão ética, é servir como fator inibitório e intimidatório de práticas ilegais por parte dos órgãos responsáveis pela produção da prova, constata-se que, em nenhum momento, colocou-se em risco o incremento das atividades policiais abusivas. E assim nos parece porque quem *produziu a prova* não foi o Estado, e sim um particular, que, à evidência, não se dedica a essa função (a de produtor de provas para o processo penal).⁴²

Ávila, também se debruçando sobre a decisão, aponta para a ausência de efeito dissuasório no aproveitamento da prova e a proteção penal eficiente de crimes mais graves, tudo em consonância à proporcionalidade da medida. Veja-se:

As decisões do STF acima referidas revelam uma hipertrofia da garantia da inadmissibilidade, dissociada de seu teleologismo racional. O Estado não cometeu qualquer arbitrariedade nesses casos. Ao contrário, no último precedente citado, foi o próprio acusado quem comunicou os fatos à autoridade policial, que, a partir daí, iniciou as investigações. Não há adequação na restrição ao direito à prova, decorrente do princípio da proteção do sistema de direitos fundamentais, pois a teleologia do princípio da inadmissibilidade é fomentar o efeito dissuasório de reiterações das violações, estando especialmente direcionado às autoridades públicas. Ainda que, *ad argumentandum*, se superasse a adequação, certamente a proporcionalidade em sentido estrito justifica a admissão da prova diante da ponderação de um efeito dissuasório capenga e a proteção penal de crimes mais graves. A ausência de adequação e de proporção torna a restrição injustificável diante do princípio da proporcionalidade e permite afirmar que na situação de provas produzidas por particulares, há uma relação de precedência condicionada *prima facie* do princípio da proteção penal frente o princípio da inadmissibilidade. Entender de forma diversa implica negligenciar a realidade, a lógica e o senso comum de justiça.⁴³

A prova produzida pelo particular, conforme supra fundamentado, deve ser admitida. E nem se vá falar em menoscabo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Essa moderna vertente constitucional aduz que o respeito às

⁴² Eugênio Pacelli de OLIVEIRA, *Curso de processo penal*, p. 373.

⁴³ Thiago André Pierobom ÁVILA, *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 234.

garantias e direitos fundamentais não se alinha apenas na relação do Estado com o cidadão (eficácia vertical), mas também na relação travada entre os particulares entre si. Sucede que ancorar-se nessa teoria significa negar por completo a relatividade dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade e sobretudo a raiz da norma proibitiva, arrimada no efeito dissuasório.

É de se lembrar que o particular não é agente produtor da prova, ele não integra o corpo policial titular da atividade probante. Apenas casualmente será o particular agente produtor da prova, de modo que tal função não faz parte do seu cotidiano, ao contrário das autoridades públicas. Logo, não há falar em incremento das práticas abusivas ou agigantamento do poderio estatal, nem mesmo em finalidade dissuasória efetiva.

5.3 – Encontro fortuito de provas nas interceptações telefônicas

Discussão não menos polêmica, embora a doutrina vacile quando de seu estudo e aprofundamento, atina para o encontro fortuito de provas numa interceptação telefônica judicialmente autorizada. Todavia, antes de adentrar no mérito do debate, é conveniente que alguns apontamentos sejam esclarecidos para uma compreensão mais abrangente da problemática enfrentada.

Nas palavras de Avolio, consiste a interceptação telefônica, em sentido estrito, na captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, sendo aquela que se efetiva pelo “grampeamento”, ou seja, pelo ato de “interferir numa central telefônica, nas linhas do telefone que se quer controlar, a fim de ouvir e/ou gravar conversações.⁴⁴ É gravação instantânea, efetuada por terceira pessoa e sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores.

A interceptação telefônica em nosso ordenamento é fruto da Lei 9.296 de 24.07.1996, diploma que veio regular a disposição constitucional contida no art. 5º, XII da CF, assim redigido: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, *por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para*

⁴⁴ Luiz Francisco Torquato Avolio, *Provas ilícitas*, p. 94.

fins de investigação criminal ou instrução processual penal”⁴⁵. Verifica-se, claramente, que a Constituição reafirma que o sigilo é a regra; a quebra, a exceção.

Atento ao preceito fundamental, o legislador houve por bem estabelecer no art. 2º da referida Lei as *hipóteses* cuja interceptação será lícita. Veja-se:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

É de se notar que o legislador preferiu uma interpretação *contrariu sensu e*, em suma, quis dizer que será permitida a via restrita da interceptação telefônica apenas quando houver indícios razoáveis de autoria de infração punida com reclusão e inexistir outros meios de menor gravidade capazes de obter a prova. Há que se determinar ainda os fatos que se pretendem investigar, bem como individualizar os sujeitos envolvidos. É o ensinamento de Luiz Flávio Gomes:

Da decisão judicial que determina a interceptação telefônica sobressaem, dentre outros, dois requisitos sumamente relevantes, sendo certo que ambos estão previstos no art. 2.º, parágrafo único, da Lei 9.296/96: a) descrição com clareza da situação objeto da investigação; b) indicação e qualificação dos investigados (dos sujeitos passivos). Fala-se em parte objetiva (fática) e subjetiva (pessoas) da medida cautelar. A lei, com inteira razão, preocupou-se com a correta individualização do fato objeto da persecução, assim como com a pessoa que está sendo investigada.⁴⁶

O criterioso atendimento destes pressupostos faz-se necessário por ser a interceptação telefônica medida de exceção, uma vez que ela colide com garantias fundamentais imprescindíveis ao exercício da plena cidadania, tais a intimidade, dignidade e honra, a teor do art. 5º, X da CF. Logo, a inobservância dos requisitos

⁴⁵ Em que pese a insuficiência redacional do dispositivo, trazendo a idéia de que a quebra do sigilo é possível apenas em sede de comunicações telefônicas, em patente dissonância da ordem jurídica, compartilham doutrina e jurisprudência do prisma de que nenhuma liberdade individual é absoluta, assertiva esta que viabiliza, observados certos parâmetros, a interceptação de correspondências, de dados e comunicações telegráficas.

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônica*.

acima mencionados culminará na inadmissibilidade da prova dentro do processo, sem prejuízo, ainda, da punição do agente que proceder à intromissão sem a competente vênia judicial (art. 10º da Lei nº. 9296/96).

Vale acrescentar que o provimento autorizador da medida interventiva tem natureza cautelar, devendo a operação ser precedida do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, o que reforça assim seu caráter excepcional.

Feitas estas considerações preliminares sobre o tema, retorna-se ao objeto aqui tratado, respeitante à descoberta fortuita de fatos no decorrer das interceptações telefônicas legalmente realizadas. Tal fenômeno se percebe quando no curso da atividade policial fatos outros são revelados, diferentes daquele que deu ensejo à violação da intimidade do particular, seja no aspecto subjetivo (notícia de uma terceira pessoa envolvida não investigada) ou no aspecto objetivo (notícia de fatos penalmente relevantes não capitulados no momento ato motivador da investigação).

À guisa de exemplo, imagine-se que uma interceptação telefônica tenha sido autorizada pelo magistrado para fins de desmantelar uma quadrilha envolvida com tráfico de drogas. No desenrolar da averiguação, descobre-se que a quadrilha é responsável por uma série de homicídios. Dessa maneira, a controvérsia cinge-se em perscrutar se o fato (novo) encontrado teria alguma validade probante, e, em caso positivo, qual seria o alcance da descoberta fortuita. É questionamento de grosso calibre, haja vista estar diretamente ligado ao aproveitamento da informação colhida; se será ela reputada como prova ou não, se deverá o Estado ignorá-la em prestígio das intimidades particulares e limites da investigação ou deverá guiar-se pela senda da segurança pública. Novamente emerge a colisão entre os direitos e garantias fundamentais.

Como dito no início deste tópico, além de pouco explorado pela doutrina, o tema está longe de obter algum consenso. Igualmente, a jurisprudência dificilmente é forçada a sobre ele se manifestar.

Despontam três teorias.

A primeira afirma ser absolutamente inútil a prova colhida, pois colimada do vício da ilicitude. A prova encontrada fortuitamente seria ilícita, porque é inconcebível que um cidadão sofra tamanha devassa em sua privacidade, a qual já fora, ademais, violada para investigação de outro delito, não ocorrendo o mesmo para o novo fato descoberto, assim como inexistente autorização judicial *a posteriori* em

nosso ordenamento. As restrições a direitos fundamentais são exceções e, via de consequência, é proibido ao Estado estender a medida deferida para empregar a prova accidental, sob pena de desvirtuamento do objeto motivador da intromissão legal. É forma de inibir o abuso de autoridade. Assim ministra o professor Damásio, para quem a prova fortuitamente colhida sequer goza do status de *noticia criminis*.⁴⁷

Face à rigidez da teoria acima, doutrina e jurisprudência, familiarizadas com o princípio da razoabilidade e cientes dos problemas que uma aplicação inflexível da lei poderia trazer, trataram de temperar o rigor da norma, determinando que se o evento delituoso descoberto tiver conexão com o fato criminoso objeto da apuração, a prova fortuita é de todo válida. Sem sombra de dúvidas esta corrente é que conta com mais adeptos, pontuando a maioria que o preceito da norma, que veda a possibilidade de instauração do procedimento para averiguar delitos punidos com detenção, também é ultrapassado diante do instituto da conexão, tamanha sua importância. Conveniente trazer a lume o magistério de Gomes e Donati:

No direito espanhol, assim como no Brasil, não há uma doutrina incontroversa sobre o assunto. Entende-se majoritariamente que a prova somente será válida quando se descobre "fato delitivo conexo com o investigado". Quando se descobre outra pessoa, distinta da que era investigada, a descoberta vale como prova desde que haja continência (entre eles).

Logo, se o fato não é conexo ou versa sobre outra pessoa (que não tem nenhum vínculo com os fatos investigados), não poderá valer como prova, podendo, apenas, servir como fonte de prova, ou seja, notícia criminis para fundamentar uma nova investigação.

Nesse sentido, temos duas hipóteses. Encontro fortuito de fatos conexos - encontro de primeiro grau e encontro fortuito de fatos não conexos - encontro de segundo grau. A nosso ver, apenas na primeira é possível reconhecer a validade das provas obtidas.⁴⁸

Inicialmente não se tinha justa causa para o monitoramento do fato descoberto, no entanto, a investigação incide sobre a mesma pessoa, e, ademais, a prova fortuita guarda estreita relação com os fatos que legitimaram a interceptação. Por isso a ilicitude da prova é afastada, uma vez que a quebra da intimidade prevalece ante a conexão dos eventos apurados. O Supremo Tribunal Federal, em brilhante aresto, assim preconiza:

⁴⁷ Damásio Evangelista de JESUS, *Interceptação de Comunicações Telefônicas*, p. 458-475.

⁴⁸ Luiz Flávio GOMES e Patricia DONATI, *Interceptação telefônica e serendipidade: "encontro fortuito de fatos ou agentes novos"*.

EMENTA: HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido.⁴⁹

Terceira corrente elucida que toda e qualquer prova encontrada fortuitamente na vigência de regular interceptação telefônica é válida, independentemente de conexão ou continência. Conquanto a tese possua contornos mais extremados que as demais, alguns autores acolheram o posicionamento e vêm lançando mão de argumentos assaz convincentes, embora a matéria ainda esteja em construção.

Pacelli, tomando frente no debate, reconhece que a teoria do encontro fortuito de prova remete à salvaguarda da intimidade face ao abuso perpetrado pelas autoridades, funcionando no controle e pedagogia da atividade policial persecutória. Desse modo, será a prova colhida ilícita. Sucede que, em análise das interceptações telefônicas, a teoria daria lugar a outros imperativos, pois na medida em que a quebra do sigilo dará conta das conversas mais íntimas dos envolvidos, com muito mais acerto estaria abrangida a conversação que constituísse prova de outros delitos, ademais, justificando tal entendimento com arrimo na própria Lei nº. 9.296/96, que impõe limites rigorosos a esse meio específico de obtenção de prova, o que, por si só, afastaria o risco de influência decisiva de suposto interesse na investigação de outros fatos criminosos em relação ao investigado. Pela clareza do argumento, faz-se imperiosa sua transcrição:

(...) pensamos, contudo, que é preciso certa prudência na sua aplicação, para que a teoria não se transforme em instrumento de salvaguarda de atividades criminosas, sobretudo no campo da chamada criminalidade *macroeconômica*, e da criminalidade organizada. (...) Assim, por exemplo, quando, no curso de determinada

⁴⁹ Supremo Tribunal Federal. HC 83.515/RS, Rel. Ministro Nelson Jobim. Data do Julgamento: 04/03/2005.

investigação criminal, é autorizada a interceptação telefônica em certo local, com a conseqüente violação da intimidade das pessoas que ali se encontram, não vemos por que recusar a prova ou a informação relativa a *outro crime* ali obtida. A tanto não se prestaria a teoria do encontro fortuito, dado que a sua finalidade e *ratio essendi* nem de longe seria atingida. Em tal situação, se até as conversações mais íntimas e pessoais dos investigados e das pessoas que ali se encontrassem estariam ao alcance do conhecimento policial, por que não estaria a notícia referente à prática de outras infrações penais?⁵⁰

Bedê e Senna, alertando para o aspecto de que o Estado não deve se esquivar de seu dever constitucional de combate ao crime, lembram que a prova foi confeccionada dentro da legalidade, e não podem as autoridades preverem tudo que será revelado durante as intromissões telefônicas. Eis o raciocínio:

Não há como uma investigação lícita produzir uma prova ilícita. Ademais, não há, no Brasil, nenhum texto legal que proíba a utilização de prova encontrada fortuitamente, e, em sendo assim, a prova é válida. Ressaltamos que a inexistência de conexão não pode ser um empecilho para que o Estado cumpra seu dever constitucional de combate ao crime. O Estado não pode ignorar a prova a que chegou pelo acaso, de modo que, se não há fraude nem violência na colheita da prova, agindo, portanto, totalmente dentro da legalidade, a prova deve ser admitida. Destaca-se que nenhuma proibição de prova pode ser feita a partir de um mero capricho, mas tem de proteger algum direito fundamental. Não havendo, no encontro fortuito de provas, qualquer malferimento a direitos fundamentais do réu, apenas podemos considerar que, além de tudo, o réu é azarado.⁵¹

Ávila, concordando com o pleno aproveitamento da prova obtida fortuitamente em sede de interceptações telefônicas, acrescenta novos elementos a fim de corroborar esta terceira teoria, a saber, a boa-fé policial e ausência de efeito dissuasório apto a justificar o afastamento da prova acidentalmente produzida. Nesse sentido:

Segundo a teleologia do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, não há qualquer efeito dissuasório a justificar uma restrição ao direito à prova no caso dos encontros fortuitos de informações de outros crimes (ausência de adequação). Ainda que se supere a adequação, na ponderação dos interesses envolvidos entre um direito fundamental já (validamente) violado e os interesses do processo criminal em apurar outro ilícito descoberto sem arbitrariedades, deve prevalecer o segundo. Não se deve perder de vista na resolução da colisão entre os princípios fundamentais da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas ilícitas, que este último princípio

⁵⁰ Eugênio Pacelli de OLIVEIRA, *Curso de processo penal*, p. 365-366.

⁵¹ Américo BEDÊ Júnior e Gustavo SENNA, *Princípios do processo penal*, p. 58-59.

possui a teleologia central de evitar as arbitrariedades cometidas pelas instituições encarregadas da persecução penal. Não há arbitrariedade nos conhecimentos fortuitos; ao contrário, os agentes policiais agem de boa-fé. A inadmissão dessas informações consiste numa sacralização do rito sem correspondente ganho dissuasório, em detrimento da verdade e da justiça.⁵²

Há que se dizer que a boa-fé policial nem sempre será a regra, de molde que não raro autoridades se valerão desse escudo protetivo para “legitimar” incursões ilegais, em flagrante abuso do poder a elas conferido e em detrimento da privacidade do cidadão. Logo, pela fluidez da teoria, sobretudo pela subjetividade do conceito de “boa-fé”, podendo mesmo desaguar numa carta branca para o Estado exercer sua função probante além das balizas legais, só o caso concreto e suas minúcias poderão trazer a resposta de sua aplicabilidade ou não.⁵³

A solução da validade das provas encontradas de forma fortuita encontrará amparo no sopesamento dos critérios da proporcionalidade, mormente pela gravidade do crime.

No ponto, a Lei nº. 9.296 deslizou feio ao determinar que todos os crimes punidos com reclusão poderão ser passíveis de interceptação telefônica. Ora, existem delitos que, embora cominados de reclusão, de modo algum justificam a violação do sigilo das comunicações telefônicas, haja vista que nada contribuiriam para minorar a criminalidade. É inimaginável, assim, o deferimento de gravosa medida com vistas a aclarar um crime de furto ou apropriação indébita. O sacrifício foge ao razoável. É que a medida representa não apenas poderoso instrumento, frequentemente insubstituível, no combate aos crimes mais graves, mas também uma insidiosa ingerência na intimidade do suspeito.⁵⁴

Nesta passada, anota Grinover que a falta de um rol taxativo de infrações em que se admite a interceptação dificulta a solução do problema (encontro fortuito). Mas o juiz poderá guiar-se pela *gravidade* da infração penal e garantir, assim, o aproveitamento do resultado da interceptação em processo ou investigação diverso daquele para o qual a ordem foi dada, *desde que atinente a crime de igual ou maior gravidade*.

⁵² Thiago André Pierobom ÁVILA, *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 220

⁵³ Ressalve-se que a boa-fé policial, como justificativa de intromissão na esfera do particular ainda não teve a oportunidade de ser enfrentada pelas Cortes deste país, sendo irrisório o número de trabalhos que fazem menção a ela, em franca tendência de repulsa.

⁵⁴ Ada Pellegrini GRINOVER, Antonio Magalhães GOMES FILHO e Antonio Scarance FERNANDES, *As nulidades no processo penal*, p. 174.

Uma comissão formada pelo Ministro da Justiça, Márcio Thomas Bastos, no ano de 2003 e composta por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Guilherme Vieira, apresentou Anteprojeto de lei tendente a restringir as hipóteses de quebra do sigilo telefônico, arrolando-as taxativamente conforme o grau de gravidade do delito:

I – tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins; II – tráfico de seres humanos e subtração de incapazes; III – tráfico de armas, munições e explosivos; IV – tráfico de espécimes da fauna silvestre; V – lavagem de dinheiro; VI – contra o sistema financeiro nacional; VII – contra a ordem econômica e tributária; VIII – contra a administração pública, desde que punidos com reclusão; IX – falsificação de moedas ou a ela assimilados; X – roubo, extorsão simples, extorsão mediante sequestro e cárcere privado; XI – homicídio doloso; XII – ameaça quando cometida por telefone; XIII – decorrente de ações praticadas por organização criminosa; XIV – decorrente de ação de terrorismo.

A seu turno, o art. 19 dava a exata extensão da prova acidentalmente descoberta: “o resultado das operações técnicas realizadas nos termos desta Lei, não poderão ser utilizados para a instrução de processos ou investigações relativos a crimes diversos daqueles para os quais a autorização foi dada, *salvo quando se tratar de crime conexo ou de outro crime constante do art. 1º desta Lei*”.

A saída é brilhante. A um porque põe a salvo a privacidade do particular face às ingerências estatais, porquanto não é qualquer delito passível de ser apenado com reclusão que autoriza a medida; a dois porque atende às expectativas da sociedade quanto à segurança pública, pois a prova fortuitamente encontrada é aproveitada tão somente se o delito descoberto constar no rol acima (crimes graves).

Mais uma vez, trata-se de interpretar a permissão constitucional à luz do princípio da proporcionalidade⁵⁵, ponderando-se todos os valores circunscritos ao caso revelado.

⁵⁵ Ibid, p. 175.

CONCLUSÕES

Diante de todas as considerações acima expendidas, firmadas em argumentos sólidos e vasta pesquisa, e não obstante o repúdio da esmagadora doutrina, resta claro que a proibição da utilização das provas ilícitas *pro societate* no processo penal não pode simplesmente pairar soberana, sem que se faça ao menos uma análise crítica dos direitos e garantias postos em jogo, razão pela qual merece o assunto especial abordagem do aplicador do direito. Chegou-se às seguintes conclusões:

1. O convívio social demanda controle, e o Direito Penal traduz bem essa ideia, ainda que de forma deficiente. A prova é instrumento de primeira estima dentro do processo penal, porquanto visa a reconstruir os fatos pretéritos da maneira mais verossímil possível, fornecendo ao magistrado o substrato necessário à formação de sua convicção. Sem a remodulação da dinâmica dos fatos, será impossível ao Estado exercer o *jus puniend*; eis o quão importante é o instituto.
2. Vigora entre nós o Princípio da Ampla Liberdade Probatória, podendo as partes lançar mão de métodos outros além daqueles taxativamente discriminados na lei. Sucede que a busca pela verdade real, outro princípio basilar do processo penal, esbarra em pontos de igual ou maior envergadura, tais como a ética, a moral e os direitos fundamentais. Logo, em que pese haver a necessária correlação entre a realidade fática e a verdade real em seu máximo grau, a procura por esta última não pode desencadear numa corrida inescrupulosa em que tudo vale, nada se proíbe.
3. Atento o ordenamento pátrio para a atividade probatória, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve por bem erigir o princípio da proibição da utilização de provas ilícitas à garantia constitucional (art. 5º, LVI, CF), mesmo porque o fantasma da ditadura assim o exigia. Deveras, tanto as provas ilegítimas, aquelas produzidas com infringência das normas de direito processual, tais como o preconizado no art. 479, *caput* do CPP, quanto às ilícitas propriamente

ditas, isto é, produzidas ao arripio dos preceitos de direito material, como o é a confissão obtida via tortura, à guisa de exemplo, são de todo repudiadas, devendo ser desentranhadas do processo.

4. Na mesma passada, com arrimo na doutrina moldada pela Suprema Corte Americana, logrou nosso legislador acolher a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Nesta senda, a prova ilícita, além de provocar sua própria mácula, anularia também toda e qualquer prova que dela derive, mesmo que confeccionadas licitamente. A causa é bem simples: tudo que da árvore envenenada provém contaminado está.
5. Em boa hora veio a disseminação do Princípio da Proporcionalidade em nossa prática forense, obra das doutrinas norte-americana e alemã, firmada na técnica da ponderação e relatividade dos direitos fundamentais. Corrigiu-se a anomalia jurídica configurada na permissão de que um agente sabidamente inocente pudesse ser condenado tão somente porque a prova por ele produzida seria taxada de ilícita. Assim, por intermédio da ponderação de bens contrapostos (liberdade/vedação das provas ilícitas), pode o juiz fazer ceder um princípio em favor do outro, sem, contudo, negar-lhe vigência. A prova ilícita *pro reo*, portanto, é esmagadoramente aceita em doutrina e jurisprudência.
6. Diametralmente é o entendimento no tocante à admissibilidade da prova ilícita *pro societate*, sendo variadas as críticas, sempre direcionadas à proteção das garantias do indivíduo contra as ingerências e exageros das autoridades estatais; nem poderia ser diferente. Há que se ter em mente, entretanto, que a subsunção da norma à situação fática, em alguns casos *excepcionalíssimos*, poderá resultar em flagrante desastre, de modo que a única maneira de se restaurar a harmonia do sistema jurídico é dar prevalência aos princípios de justiça e segurança pública, a despeito da liberdade e direito do réu de não se ver processado e condenado em razão de uma prova ilícita.
7. Pautada pela razoabilidade, a Suprema Corte Americana pontuou hipóteses na qual não haverá contaminação das provas derivadas das ilícitas. São as teorias da *descoberta inevitável* e da *fonte*

independente, porquanto não guardam conexão com a prova ilicitamente obtida, ou, se guardam, o nexó é sobremaneira tênue. Foi o que se decidiu nos casos *Murray v. United States, 1988* e *Nix v. Williams, 1984*. As ajustadas exceções foram, inclusive, elencadas no art. 157 do CPP.

8. Com pacífica aceitação nos Estados Unidos e Alemanha, a prova ilícita produzida por um particular não encontra dificuldade alguma para sustentar um decreto condenatório, mesmo que seja ela a única evidência contra o réu. É ela inegavelmente legítima. Isto porque, se a função precípua desempenhada pela garantia da inadmissibilidade da prova ilícita é servir como fator inibitório e intimidatório de práticas ilegais por parte dos *órgãos responsáveis pela produção da prova*, ou seja, o *Estado*, constata-se que, quando produzida pelo particular, não se coloca em risco o incremento das atividades policiais abusivas, posto que aquele não se dedica à função probatória de acusação. Não se verifica, portanto, o *efeito dissuasório* da razão de existência da norma proibitiva.
9. A gravidade do delito é outro fator apto a contemporizar a regra de exclusão. Não raro, o afastamento da prova ilicitamente obtida pode acarretar um resultado sobremaneira maléfico, cujos efeitos não são razoáveis que se suporte, sobretudo em situações limites em que a prova ilícita é a única forma de efetivação da proteção penal eficiente. Sem olvidar dos critérios que orientam a técnica da ponderação, é crível que ante a hediondez de determinados delitos e sofisticada organização criminosa possa o Estado se valer do aproveitamento de tais provas, haja vista ser a sociedade tão merecedora de resguardo quanto o cidadão em sua singularidade.
10. O tratamento destinado ao encontro fortuito de provas é de todo insuficiente, limitando-se os autores (aqueles poucos estudiosos do tema) a fixar a inadmissão das informações descobertas além daquele delito estritamente estabelecido na autorização judicial motivadora da interceptação telefônica. No muito se admite os dados colhidos como *noticia criminis*. Não há consenso e, em verdade, a gravidade do delito descoberto seria um ótimo critério a fim de conferir valor probante à

prova. Tanto se apresenta viável tal filtro que assim já se manifestaram Grinover, Fernandes e Gomes, em 2003 no Anteprojeto de lei, cujo art. 19 rejeitava qualquer espécie de prova ocasionalmente encontrada, salvo se pertinente a delitos de maior gravidade, os quais eram taxativamente regulados no Anteprojeto.

Por fim, insta asseverar, uma última vez, que a utilização das provas ilícitas *pro societate* é medida excepcional, devendo ser minuciosamente fundamentada pelo magistrado, com esteio na razoabilidade e cabal demonstração de que sua aplicação mostrar-se-á mais adequada e proveitosa à credibilidade da justiça e, por conseguinte, à comunidade.

Não se pretende aqui reavivar o movimento de “Lei e Ordem”, justificar o Direito Penal do Inimigo, e muito menos se advoga o retorno do Estado Ditatorial, haja vista que a restrição de algumas garantias processuais em casos limites de grave criminalidade se impõe, sobretudo quando é de conhecimento notório que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos⁵⁶.

Em verdade, nossa atual Constituição logrou radicalizar no que toca à problemática das provas ilícitas, proibindo de forma categórica e irrestrita a utilização destas. O erro, a nosso sentir, foi não conceder ao magistrado uma margem mínima de flexibilidade da norma no ensejo de evitar soluções aberrantes. Como bem recorda Barbosa Moreira, a CF foi elaborada logo após notável mudança política; extinguiu-se o regime autoritário que por tanto tempo dominara o país, e sob o qual eram frequentes e graves as violações de direitos fundamentais. Ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao “grampeamento” de aparelhos telefônicos.⁵⁷

Continua o mestre alertando que países outros, que também saíam de regimes autoritários, tais a Itália e a Espanha, souberam abster-se de determinados exageros. Não escandaliza o mundo jurídico espanhol ouvir dizer ao Tribunal Constitucional que os próprios direitos fundamentais não devem erguer “obstáculo intransponível à busca da verdade material que não se pode obter de outro modo”.⁵⁸

⁵⁶ Américo BEDÊ Júnior e Gustavo SENNA, *Princípios do processo penal*, p. 27.

⁵⁷ José Carlos Barbosa MOREIRA, *A constituição e as provas ilicitamente obtidas*.

⁵⁸ *Ibid.*

E arremata. “Talvez algum dia possamos reagir no Brasil com circunspeção igual. Teremos aprendido uma antiga e importante lição: a melhor forma de coibir um excesso e de impedir que se repita não consiste em santificar o excesso oposto”.⁵⁹

Cogitar da prisão de um cidadão, reconhecidamente inocente, a todas as vozes implica contra-senso. Um culpado à solta não é menos contraditório; por isso a técnica da ponderação se revela preciosa, não podendo a balança pender sempre em favor do acusado.

⁵⁹ Ibidem.

BIBLIOGRAFIA

ARRUDA, Élcio. *Revisão criminal pro societate*. 2. Ed. Leme: Editora BH, 2009.

ÁVILA, Thiago André Pierobom. *Provas ilícitas e proporcionalidade. Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Dissertação de mestrado em direito processual penal. Orientação: Ela Wiecko Volkmer de Castilho. Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2006.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e clandestinas*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2003.

BEDÊ Júnior, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: RT, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Bruno Fontenele. *A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12658>. Acessado em 05 de setembro de 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal*. 6. Ed. Niterói: Impetus, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônica*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acessado em 09 de setembro de 2010.

GOMES, Luiz Flávio; Donati, Patricia. *Interceptação telefônica e serendipidade: "encontro fortuito de fatos ou agentes novos"*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acessado em 09 de setembro de 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. Ed. São Paulo: RT, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Interceptação de comunicações telefônicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais nº. 735.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa; *A constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Disponível em <http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5138.htm>. Acessado em 07 de outubro de 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 3. Ed. Salvador: JusPodvim, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31. Ed. 3º vol. São Paulo: Saraiva, 2009.